

Digressioni sul diritto fra libertà e sicurezza all'interno della prospettiva giuridica moderna

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il breve saggio affronta il tema del rapporto fra sicurezza e diritto così come lo stesso è stato svolto all'interno della prospettiva giuridica moderna, con esplicito riferimento a Hobbes e Filangeri, al fine di evidenziare come in tale declinazione sia insita una operazione di de-responsabilizzazione del soggetto che cede quote di capacità politica in cambio di sicurezza materiale.

SOMMARIO

1. SICUREZZA DEL DIRITTO E DE-RESPONSABILIZZAZIONE DEL SOGGETTO; 2. DUE PROSPETTIVE MODERNE CONVERGENTI; 3. PER UN RECUPERO DELLA POLITICITÀ DEL DIRITTO; 4. APPENDICE: INTORNO AD UNA TITOLAZIONE NON SCELTA.

§ 1. SICUREZZA DEL DIRITTO

E DE-RESPONSABILIZZAZIONE DEL SOGGETTO

Dopo quasi due millenni di civiltà giuridica – convenzionalmente iniziata sotto il regno di Hammurabi (1792-1750 a. c.) – nel 1951, in un saggio apparso sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto” titolato *La certezza del diritto è un mito?*, Norberto Bobbio definiva la stessa come “un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto”¹.

Parrebbe che il Nostro, con questa affermazione, voglia ricollegarsi idealmente al noto

¹ L'articolo apparve sul primo fascicolo del 1951 della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”.

PAROLE CHIAVE

DIRITTO E SICUREZZA;
DE-RESPONSABILIZZAZIONE;
CERTEZZA DEL DIRITTO;
POLITICITÀ DEL DIRITTO.

brocardo ciceroniano, per il quale *omnia sunt incerta, cum a iure discesseris*. L'Arpianete ci indica nelle sue *Epistulae ad familiares* come la via della sicurezza (o della certezza che dir si voglia) è senz'ombra di dubbio la via del diritto. Prima di ritornare a Bobbio, va solo accennato come il borcardo è estrapolato da un passo di una lettera inviata nel 46 a. c. a Cicero Paeto, la cui lettura nella sua interezza ci pare venir utile per il discorso che andremo qui a svolgere. Scrive infatti Cicerone: *de illo autem quem penes est omnis potestas, nihil video quod timeam, nisi quod omnia sunt incerta cum a iure discessum est*². Ovvero non vi è nulla da temere nell'esercizio del potere se questo è informato dal diritto, abbandonando il diritto, l'attività legata al reggimento della comunità diviene, per coloro che ne sono soggetti, incerta, insicura e, aggiungiamo noi pensando ad Aristotele, da politica si tramuta in dispotica.

È però bene chiudere la digressione e ritornare alla citazione iniziale, riconoscendo come la

² “A proposito di colui, nelle cui mani c'è tutto il potere, non vedo cosa io debba temere, se non il fatto che tutto è incerto quando ci si è discostati dal diritto”.

perentoria affermazione del pensatore torinese non può che suscitare assensi, ma *generici* consensi, come avviene per ogni termine che abbia un portato emotivo (nonché una connotazione vaga – come è nel nostro caso); il significante /certezza/ va perciò esaminato e valutato avuto riguardo ad una sua specifica declinazione, quindi una precisa assunzione di significato.

Pertanto la questione è relativa a come il termine /certezza/, che in questo contesto appare sinonimo di sicurezza, viene sviluppato all'interno di una esperienza giuridica e politica. Volendo esaminare sia pur succintamente una particolare prospettiva (in vero ancora ben radicata nella cultura giuridica e politica del nostro millennio), quella che Francesco Gentile nomina come *la prospettiva politico-giuridica moderna*³, non possiamo che riconoscere come, seppur non a prima vista, il rapporto fra diritto e sicurezza implica il sorgere sullo sfondo d'un terzo termine: la de-responsabilizzazione.

Una de-responsabilizzazione, la quale – proprio in nome della sicurezza del diritto – investe due classi di soggetti fra loro distinti. Sia pur in differente modo, investe, più in generale, i consociati e, più in particolare, coloro che fra questi possono venire ricondotti all'interno del ceto dei giuristi, gli operatori del diritto.

Come avremo modo d'argomentare, le modalità che inducono alla de-responsabilizzazione sono diverse ove si guardi alla cultura giuridica interna ed ove si consideri la cultura giuridica esterna⁴, ma gli esiti sono identici: ovvero una de-responsabilizzazione dei soggetti, la quale è il presupposto per la mancanza d'agire politico.

Per un verso, infatti, la de-responsabilizzazione che investe i consociati (la cultura giuridica esterna) risulta dallo scambio fra sicurezza (del diritto) e capacità di agire politicamente; la cessione di questa, come emerge nel moderno giusnaturalismo, è a favore del sovrano. Per altro verso, il ceto dei giuristi si de-

responsabilizza (ancora nel senso di cessione di capacità di agire politicamente) a fronte di un diritto sicuro, certo in quanto posto in essere dalla autorità legislativa competente, un diritto che i giuristi si limitano ad applicare.

In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad una cessione di prerogative politiche a fronte di concessione di *quote* di sicurezza (vuoi materiale, vuoi ideologica) da parte di un'entità riconosciuta come superiore (*sovrana*, per l'appunto).

In entrambi i casi si assiste ad una estraneazione volontaria dalla vita politica attiva, che assume, come avremo modo d'osservare, connotati differenti, ma tuttavia riconducibili alla classica figura dell'*idiotex* – ovvero del cittadino, che pur avendone piena facoltà, non partecipa alla vita pubblica.

§ 2. DUE PROSPETTIVE MODERNE CONVERGENTI

Il rischio di tali esiti pare insito nelle prospettive giuridiche e politiche⁵ che accompagnano il sorgere e lo sviluppo, nelle sue varie articolazioni, della compagine statuale (moderna⁶). Il richiamo a due significativi esponenti di tali prospettive testimonia le potenzialità de-responsabilizzanti di un certo modo di intendere il rapporto tra diritto e sicurezza.

I due autori chiamati in causa sono Thomas Hobbes e Gaetano Filangieri. I brani estrapolati dalle loro opere posso venire utilizzati quali epigrafi per i due percorsi che intendiamo seguire.

Per Hobbes, coloro che obietano “che la condizione dei sudditi è davvero miserevole, esposti come sono alle brame e alle altre sregolate passioni di colui, o di coloro, che hanno nelle loro mani un potere così illimitato [...] non considerano che lo stato dell'uomo non

3 Cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983.

4 Sulle due accezioni di cultura giuridica si vede il testo di L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978, pp. 325-326.

5 Viene utilizzato la locuzione al plurale in quanto la prospettiva politica moderna si declina in differenti maniere, con esiti pratici difforni, che pur ritrovano un comune denominatore tanto da farli cogliere come specie dello stesso genere.

6 L'aggiunta del attributo parrebbe pleonastica, in quanto non sussistono altre forme di *stato* che non siano quelle riconducibili alla prospettiva moderna. Cfr. in argomento almeno P. Schiera, *sub voce Stato moderno*, in *Dizionario di politica* e P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

può mai essere del tutto esente da qualche molestia, e che la più grande che possa per avventura capitare al popolo in generale, in qualsiasi forma di governo, è pressoché impercettibile in confronto alle miserie e alla spaventosa calamità che sono retaggio di una guerra civile. E non tengono conto della condizione di dissoluzione degli uomini abbandonati a se stessi, non assoggettati alle leggi e senza un potere coercitivo che leghi loro le mani e le tenga lontane dalla rapina e dalla vendetta”.

Hobbes, in questo notissimo passo del *Leviathan*, XVIII, ci induce a riflettere sulle benefiche conseguenze su quella che con lessico contemporaneo viene definita la qualità della vita dei consociati, che spontaneamente rinuncino alla loro capacità politica in favore di un terzo: il sovrano, il quale proprio in virtù della assoluta acquisizione di capacità politica (si pensi alla rappresentazione iconografica dell'operazione di cessione nella celeberrima copertina dell'edizione del 1651 del *Leviathan*⁷) è in grado – nel senso che ha il potere – di offrire sicurezza ai sudditi, i quali contraccambiano con l'obbedienza.

Non occorre spendere troppe parole per comprendere come è la sicurezza l'elemento centrale della relazione sovrano-suddito; privata dalla sicurezza, a cui corrisponde l'obbedienza, tale relazione dicotomica risulterebbe priva di senso politico e, quindi, ingiustificatamente afflittiva.

Per Filangieri, che scrive nel 1774, “nei governi dispotici gli uomini comandano: nei governi moderati comandano le leggi [...]”. L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge. Vediamone ora i mezzi. Il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi: che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e

il magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini che il sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio”.

Il richiamo al Filangieri delle *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* ci introduce al secondo corno del problema: quella de-responsabilizzazione del ceto dei giuristi, la quale ritrova il suo acme nell'opera di codificazione e che Giovanni Tarello stigmatizza, legandola alla “tecnicizzazione della scienza giuridica”⁸. Tecnicizzazione e de-responsabilizzazione in senso politico del ceto dei giuristi che ritrova la sua più eclatante epifania nello scritto *Répétitions écrites sur le troisième examen du Code Napoleon* di Frédéric Mourlon⁹, che Bobbio riporta nel suo studio su *Il positivismo giuridico*¹⁰.

Ci troviamo di fronte ad una idea di certezza del diritto, quindi di sicurezza, che rimanda all'applicazione algoritmica della disposizione da parte del giurista, il quale, sulla scorta della Scuola dell'esegesi, umilia la propria ragione a fronte della volontà del legislatore. Tale aspirazione non appare certamente legata ad un illuminismo giuridico pre-codificazione se due secoli più tardi possiamo leggere sulle pagine dell'*Enciclopedia del diritto* le parole di Renato Borruso, secondo il quale “il tema più impor-

8 Cfr. *L'Introduzione alla Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

9 Trad. it., Palermo, 1861.

10 Torino, 1961. Il passo dell'esponente della Scuola dell'esegesi riportato è: “per il giureconsulto, per l'avvocato, per il giudice, un solo diritto esiste, il diritto positivo [...]. Lo si definisce: l'insieme delle leggi che il legislatore ha promulgato per regolare i rapporti degli uomini tra di loro [...]. Le leggi naturali o morali non sono, in effetti, obbligatorie se non in quanto esse sono state sanzionate dalla legge scritta [...]. Al legislatore solo spetta il diritto di determinare, fra le regole così numerose e talora così controverse del diritto naturale, quelle che sono egualmente obbligatorie [...]. *Dura lex sed lex*; un buon magistrato umilia la sua ragione davanti a quella della legge: poiché egli è istituito per giudicare secondo essa e non per giudicarla. Nulla è al di sopra della legge e l'eluderne le disposizioni sotto pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricarle. In giurisprudenza non c'è, non vi può essere ragione più ragionevole, equità più equa della ragione o dell'equità della legge”.

7 In tema vedi il recente contributo di C. Ginzburg, *Paura, reverenza, terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Milano, 2015.

tante dell'informatica giuridica deve, a nostro avviso, essere considerato quello dell'applicabilità automatica della legge"¹¹.

Lo sfondo su cui si colloca l'affermazione del Presidente onorario della Corte di Cassazione è quello segnato dalla certezza/sicurezza quale *proposizione necessaria*, che dal mondo della logica deduttiva transita e si incunea nella riflessione giuridico-politica anche tramite il positivismo logico (Rudolf Carnap *in primis*).

Ecco allora, proprio in nome della sicurezza/certezza del diritto, il perorare la causa di un giurista applicatore, d'un calcolatore di sillogismi (come lo voleva Cesare Beccaria), un giurista che offre delle risposte *necessarie* (necessarie perché già contenute nelle premesse da sviluppare).

È un incedere logico-deduttivo che si accompagna ad un umiliante *status subiectionis* del giurista contro il quale si erga, fra gli altri, il monito di Paolo Grossi: "temiamo cioè l'inquinamento – ché sarebbe tale – di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominate presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro istillato nel cervello"¹².

Quello del giurista è il medesimo *status subiectionis* che caratterizza il cittadino all'interno d'una prospettiva che rappresenta lo stato quale motore d'un processo produttivo di quella "sicurezza mediate la riduzione dell'incertezza", su cui dissertava Francesco Gentile nel 1983¹³, uno *status subiectionis* che implica un radicale processo di de-responsabilizzazione del singolo, il quale in grazie all'annichilimento della sua capacità politica, ritrova protezione nella statualità.

11 Così a p. 654 della voce *Informatica giuridica* redatta nel 1997 per l'Aggiornamento dell'Enciclopedia del diritto.

12 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, p. 163.

13 Cfr. *Relazione* in R. Orecchia (a cura di), *Atti del XIV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica* (Palermo, 12-15 maggio 1983), Milano, 1984.

Il singolo riceve dall'hobbesiano sovrano quella certezza/sicurezza la quale, o risulta impossibile in assenza della cessione della capacità politica in quanto, postulando l'*homo homini lupus*, l'individuo è ipotizzato come totalmente sregolato (in assenza di un kantiano padrone), oppure, in altra prospettiva, dovrebbe ritrovare in se medesimo, nelle proprie potenzialità politiche, che invece umilia a fronte dell'attivismo di una compagine statuale fortemente antropomorfizzata. Un fantasma, frutto delle proprie (dei consociati) fantasie che si assume a feticcio¹⁴. Allo stesso modo il giurista umilia al propria ragione venerando il feticcio del legislatore.

§ 3. PER UN RECUPERO DELLA POLITICITÀ DEL DIRITTO

I passi sopra richiamati ed estrapolati dalle opere di Hobbes e Filangieri ci possono rammentare come, per così dire, le vie per l'inferno (politico) – soggezione, umiliazione, passività – sono talvolta lastricate da buone intenzioni. Nel caso di specie, l'offrire sicurezza, il produrre un *habitat* ove, per dirla con il nostro legislatore costituzionale, la persona umana possa non solo sopravvivere, ma anche prosperare, potrebbe presentare come contro-altare l'annichilimento politico di quella stessa persona che si vuole proteggere¹⁵.

Esito paradossale d'un certo modo di declinare la sicurezza, che storna dall'aristotelico *animale politico* il suo attributo. Togliendo, infatti, la qualificazione *politico* rimane solo l'*animale* (che soddisfa i suoi bisogni primari: mangiare, bere, dormire e così via).

Acciocché il diritto non si trasformi in regola algoritmica¹⁶ bisogna riconoscere allo

14 Sul tema appaiono pertinenti le riflessioni di Max Stirner nel suo *L'unico e la sua proprietà*, trad. it. Milano, 1979. In argomento vedi gli scritti di Enrico Ferri, *L'antigiuridismo di Max Stirner*, Milano, 1991 e *La città degli unici. Individualismo, nichilismo, anomia*, Torino, 2001.

15 Mi permetto di rimandare alla mia *Comunicazione*, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del XIV Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica* (Palermo, 12-15 maggio 1983), cit.

16 Il riferimento all'animale del capoverso precedente fa

stesso la sua intima essenza politica, il diritto per essere tale e non mero simulacro deve costantemente venire vivificato dall'attività politica dei consociati, *in primis* il ceto dei giuristi. Questi sono chiamati (*a-vocati*) a trasformare quotidianamente le disposizioni in norme¹⁷, a far vivere il diritto quale adeguata regola dei rapporti sociali. Questa trasformazione implica una palese assunzione di responsabilità politica da parte del giurista¹⁸.

Una responsabilità che non si circoscrive ad una limitata *élite* di operatori del diritto, ma che investe l'intera società, la quale – sia pure in forma indiretta – è partecipe alla definizione della norma giuridica, perché la norma per essere adeguata alla regolamentazione del contesto sociale per il quale è proposta; non può disattendere le aspirazioni, i valori, gli interessi ivi operanti; in un'unica espressione, i suoi *luoghi comuni* (*endoxa*). I consociati sottopongono ad un costante controllo l'operato dei giuristi, vagliando la corrispondenza delle norme proposte ai propri *luoghi comuni*; solo ove vi sia coincidenza, il diritto sarà adeguato, quindi *sicuro*.

Certezza e sicurezza del diritto si acquisiscono attraverso una quotidiana opera di trasformazione di disposizioni in norme. Questa attività, per non palesarsi quale mero esercizio di potenza, deve essere politica in senso stretto.

Un'attività, nel contempo, informata dal diritto e informante il diritto, alla quale l'intera *polis* è chiamata a contribuire ed il cui fine ultimo è indicato nella *sicurezza*.

Una sicurezza sempre fluttuante, perché legata ad un *diritto fluido*¹⁹, la cui fonte è *autonomo* sovvenire alla mente le *feroci* critiche di Guido Calogero ad Alfredo Rocco; cfr. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 50.

17 Cfr. in merito M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisprudenza di legittimità della norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), nn. 3-4, e la voce di Vezio Crisafulli, *Disposizione (e norma)* redatta per l'*Enciclopedia del diritto*.

18 In tema cfr. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968.

19 Per Gustavo Zagrebelsky "la fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici al *deficit* di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell'interpretazione. Semmai [...] si deve pensare di organizzare questa tendenza alla trasformazione, intrinseca nell'ordinamento, in

ma e non *eteronoma*; l'*auctoritas*, non la *potestas*, guida il riconoscimento del diritto, di un diritto che non vede nelle proposizioni necessarie il suo faro, bensì è attratto dai giudizi di valore, da procedure di controllo dialettico e non logico-deduttivo.

L'attività politica dei consociati storna il diritto dal potere arbitrario e l'esercizio della politica impedisce il manifestarsi del dispotismo.

Ecco allora ritornare utile la citazione cicero-niana all'inizio richiamata: "a proposito di colui, nelle cui mani risiede tutto il potere, non vedo cosa io debba temere se non il fatto che tutto è incerto quando ci si è discostati dal diritto".

§ 4. APPENDICE: INTORNO AD UNA TITOLAZIONE NON SCELTA

Nello sviluppare il tema proposto dagli organizzatori dell'incontro arpinate, *Il diritto fra libertà e sicurezza*, ho riscontrato, per così dire, un certo mio imbarazzo interiore nello scegliere la titolazione dell'intervento da presentare in quella sede. Se l'itinerario da seguire – sulla scorta del pensiero del mio Maestro, Francesco Gentile – mi appariva ben chiaro, non così evidente mi si presentava la titolazione sotto la quale raccogliarlo. Avrei optato, se non avessi scelto il generico riferimento a delle *digressioni* intorno al nostro tema, per qualcosa come *Dalla sicurezza del diritto alla de-responsabilizzazione del soggetto giuridico*, dopo aver ritenuto che calcare la mano in modo paradossale sulla *perdita di capacità giuridica*, quale conseguenza estrema dell'aspirazione ad un diritto graniticamente sicuro, sarebbe potuto apparire più che fuorviante.

Infatti, come ci viene con assoluta autorevolezza da non renderla distruttiva di altri valori, come l'uguaglianza giuridica, la prevedibilità, l'imparzialità e il carattere non arbitrario dell'azione amministrativa e giudiziaria. [...] Non solo è dubbio che la certezza come fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico. È dubbio che sia anche desiderabile. Essa scaricherebbe sul legislatore un compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente, un compito che si svolge invece nell'opera silenziosa e capillarmente diffusa delle aule dei tribunali e degli studi dei giuristi", *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, pp. 202-203.

lezza suggerito²⁰, la capacità giuridica si acquista con la nascita e si estingue con la morte, da cui al richiamo dell'articolo primo del nostro Codice civile²¹; una sua perdita – non un suo non esercizio, da cui alla in-capacità di agire, ovvero di disporre dei propri diritti²² – implicherebbe il sorgere della schiavitù. Infatti, la non capacità giuridica implica che l'entità a cui questa si riferisce non sia per l'ordinamento un soggetto giuridico. Quindi, non una persona, ma una cosa: uno schiavo, per l'appunto²³.

L'istituto della schiavitù non è concepibile all'interno delle attuali prospettive giuridiche, anzi, come è palese, viene represso dall'ordinamento giuridico²⁴. Pertanto inserire nella titolazione dell'intervento un riferimento palese alla *perdita di capacità giuridica*, non sarebbe stato solo fuorviante (in quanto richiama spettri quali la schiavitù), ma sarebbe stato anche profondamente errato evocare, proprio in tema di sicurezza e diritto, la perdita di capacità giuridica, ovvero la riduzione della persona umana da potenziale *agente* a sostanziale *agito* (nel senso di macchina animata, di automa).

In modo meno paradossale ed errato il titolo *non scelto* evoca come sfondo la perdita, a seguito di un certo modo di leggere la relazione fra diritto e sicurezza, della *capacità politica* del soggetto, un forte depauperamento da ricollegarsi non certo alla perdita della capacità giuridica (in vero postulata come impossibile), ma della capacità/volontà di agire politicamente.

Quindi una *deminutio capitis*, che non investe la capacità giuridica del soggetto, *soltanto* la

sua capacità/volontà di essere attivo nella vita sociale. Il tutto auspicando che non si arrivi a dover riconoscere nella prassi sociale quanto Gaio descrive nelle sue *Institutiones*: *maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*.

Marco Cossutta professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste

20 Cfr. per tutti C. M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica – i soggetti*, Milano, 1986, p. 200.

21 Per inciso, non così perentorio appare il precedente Codice, promulgato nel 1865, il quale non porta uno specifico Titolo sulle persone fisiche.

22 In questo caso, come fra gli altri evidenzia Angelo Falzea, la capacità giuridica continua a sussistere; cfr. la voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*.

23 Cfr. in tema, fra i molti, P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977, p. 65 e F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1985, p. 71.

24 Vedi per il caso italiano la *Sezione* del Codice penale relativa ai Delitti contro la personalità individuale (artt. 600 e segg. novellati più volte in tempi recenti; dal intervento del legislatore si evince che siamo in ogni caso in presenza di una prassi di riduzione in schiavitù che l'ordinamento argina con norme sempre più repressive).